



המשמעות האמתית של חוות הדעת המייעצת של ה־ICJ בעניין "הכיבוש"

עו"ד אברהם שלי"ן

23.12.2024

ב-19 ביולי 2024, בית הדין הבינלאומי לצדק (ה־ICJ) פרסם את חוות דעתו המייעצת בדבר "ההשלכות המשפטיות של מדיניות והתנהלות מדינת ישראל בשטח פלסטיני כבוש, לרבות מזרח ירושלים" ("חוות הדעת המייעצת על הכיבוש"). כצפוי, בית הדין קבע כי נוכחותה המתמשכת של ישראל ביהודה ושומרון מנוגדת לדין הבינלאומי וקרא לישראל לסיים את כיבוש הטריטוריה הפלסטינית "במהירות האפשרית". בית הדין קרא למדינות צד שלישי לא להכיר בכל שינוי או פעולה הנובעים מהנוכחות הישראלית ביהודה ושומרון, וכן לא להושיט סיוע או עזרה לשימור המצב הקיים. לא בכדי, ה־ICJ ציין ש"כלל המדינות מחויבות לשתף פעולה עם האו"ם כדי שדפוס הפעולה [אותם דורשות העצרת הכללית ומועצת הביטחון כדי להבטיח את סיום הנוכחות הישראלית ביהודה ושומרון ומימוש ההגדרה העצמית הפלסטינית] ייכנסו לתוקף".¹

פעילים אנטי-ישראליים עטו על חוות הדעת המייעצת, תוך הטעיה לגבי מעמדה המשפטי ובטענה שהדין הבינלאומי מחייב מדינות צד שלישי לנקוט בצעדי ענישה ספציפיים נגד ישראל, כמו סנקציות כלכליות והטלת אמברגו נשק.² ב-18 בספטמבר 2024, נציגי האו"ם- רבים מתוכם בעלי הטיה קיצונית ידועה נגד ישראל- קראו למדינות, בין היתר, לבחון כל אינטראקציה עם ישראל, לאסור על קבלת סחורות מיהודה ושומרון ולהטיל אמברגו נשק מלא על ישראל.³ עיוותים כאלה מדגישים את הצורך להבהיר את מעמדה והשלכותיה של חוות הדעת המייעצת תחת הדין הבינלאומי.

1 ICJ, *the Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*. Par. 275

2 ראו "Law for Palestine Gathers Experts to Unpack the ICJ Advisory Opinion on the Illegality of the Israeli Occupation and Address Potential Next Steps." Law for Palestine, 22 Aug. 2024, <https://law4palestine.org/law-for-palestine-gathers-experts-to-unpack-the-icj-advisory-opinion-on-the-illegality-of-the-israeli-occupation-and-address-potential-next-steps>. נדלה ב־6.10.2024.

3 United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. "UN Experts Warn International Order on Knife's Edge, Urge States to Comply with ICJ Advisory Opinion on Israeli Occupation." *OHCHR*, 18 Sept. 2024, www.ohchr.org/en/statements/2024/09/un-experts-warn-international-order-knifes-edge-urge-states-comply-icj-advisory. נדלה ב־8.10.2024.

1 | חוות הדעת אינה מחייבת מבחינה משפטית

תחת הדין הבינלאומי, האקסיומה היא: "מדינה אינה מחויבת להרשות שסכסוכיה יהיו נידונים בהסדר שיפוטי ללא הסכמתה".⁴ בחוות הדעת המייעצת על הכיבוש, ה־ICJ הצדיק את הפרת העיקרון הזה של הסכמת מדינה בתואנה שיש לאו"ם "עניין וחשש מיוחדים ביחס לסכסוך הישראלי-פלסטיני עוד מימי חבר הלאומים".⁵ אולם, העניין המיוחד שאולי יש לאו"ם ביחס לישראל אינו מהווה עילה להפרת עיקרון יסוד של הדין הבינלאומי או יישום סטנדרט שנתפר במיוחד לישראל. כפי שציינה השופטת סבוטינדה בחוות דעת המיעוט, הסכסוך הישראלי-פלסטיני הוא בעיקרו סכסוך בילטרלי, והצדדים פנו למשא ומתן בינלאומי על מנת ליישב אותו.⁶ חוות הדעת משמשת, אם כן, כלי להבאת הסכסוך בפני בית הדין ללא הסכמתה של ישראל, דרך הדלת האחורית ותוך התעלמות מאחד מכללי היסוד של ריבונות מדינה. חוות דעת מייעצת אינה "החלטה" כמשמעה בסעיף 59 לאמנת ה־ICJ, ואין לה מעמד מחייב.⁷ סמכותה של חוות דעת מייעצת נובעת אך ורק ממידת השכנוע שבניתוח המשפטי שלה. חוות הדעת הזו משמיטה לחלוטין, מתעלמת או ממעיטה בערכן של מספר סוגיות חיוניות, כמו תביעותיה ההיסטוריות של ישראל על השטח, האיומים הביטחוניים החמורים על ישראל, ומסגרת המשא ומתן הביילטרלי שנקבעה בהחלטת מועצת הביטחון 242 ובהסכמי אוסלו. כל אלה נידונים בהרחבה בפסק דינה של השופטת סבוטינדה. מפאת זאת לא ניתן לקבל את חוות הדעת כמסמך מקיף או בר-סמכא ביחס לנוכחות הישראלית ביהודה ושומרון.⁸

2 | ההטיה האנטי-ישראלית השיטתית של האו"ם

כזרוע של האו"ם, ה־ICJ פועל באופן סימביוטי עם האו"ם לגופו. חוות הדעת המייעצת עצמה היא תולדה של ועדת מחקר מוטה, שחבריה הניחו מראש שישראל אשמה בפשעים לכאורה אותם הם התבקשו לחקור. ב-30 בדצמבר 2022, העצרת הכללית של האו"ם אימצה את החלטה 77/247, שכותרתה "הפרקטיקות הישראליות המשפיעות על זכויות האדם של העם הפלסטיני בשטחים הפלסטיניים הכבושים, כולל מזרח ירושלים". ההחלטה בעניין "פרקטיקות ישראליות" כללה בקשה לחוות דעת מייעצת של ה־ICJ לגבי "ההשלכות המשפטיות" ו"המעמד המשפטי" של "הכיבוש המתמשך" של ישראל. לשון ההחלטה מניחה מראש את אשמתה של מדינת ישראל. ההחלטה התבססה על המלצת דו"ח מספטמבר 2022 שהגישה ועדת החקירה של ישראל (COI) מטעם מועצת זכויות האדם של האו"ם, (UNHRC), בראשה עמדה נואנתם פילאי.⁹

ה-COI הוקמה במאי 2021, והמנדט האנטי-ישראלי שלה חסר תקדים, אפילו עבור ה-UNHRC. שלא כמו ועדות חקירה קודמות, שנועדו לבחון התלקחויות ספציפיות של הסכסוך הישראלי-פלסטיני, ל-COI אין מועד סיום; יש לה

4 Western Sahara, advisory opinion, 16 Oct. 1975, ICJ Rep. 1975 at p. 25 (para. 33); Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, advisory opinion, 30 Mar. 1950, ICJ Rep. 1950 at p. 71; Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, No. 5, p. 27

5 ICJ, *the Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*. Par. 35

6 Dissenting opinion of Judge Sebutinde, par. 47

7 <https://www.icj-cij.org/advisory-jurisdiction>

8 Pomson, Ori. "Authoritatively Stating International Law: The ICJ and Israeli Withdrawal from the OPT." Lieber Institute West Point, 23 July 2024, <https://lieber.westpoint.edu/authoritatively-stating-international-law-icj-israeli-withdrawal-opt/>. נדלה ב־6.10.2024

9 Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel. 14 September 2022. Par. 92

מנדט לחקור את ישראל גם בשנים שלפני 1967; והיא נשענת על הגדרה מסולפת של אפרטהייד, שנועדה להרשיע את ישראל.¹⁰ לכל אחד משלושת חברי הוועדה, נואנתם פילאי, מילון קותארי וכריסטופר סידוטי, יש היסטוריה ציבורית ארוכה של הצהרות אנטי-ישראליות ואנטישמיות. קותארי האשים את "הלובי היהודי" ואת יכולתו "לשפוך הרבה כסף בכל מקום" בניסיון לפגוע באמינותו. בשנים שלפני התמנותה לתפקיד, פילאי קראה לסנקציות נגד ה"אפרטהייד" בישראל. בהליכי UNHRC רשמיים, סידוטי האשים את היהודים בזריקת האשמות סרק של "אנטישמיות", "כמו אורז בחתונה", ושכך הם "מטמאים את זכרם של שש מיליון הקרבנות [של השואה]".¹¹ לאור ההטיות המוכרות של חברי הוועדה, ברור שה־COI לא חקר את ישראל בתום לב או בפתיחות המחשבה.

בראש ה־ICJ כיום עומד שופט לבנוני הידוע בעוינותו רבת השנים כלפי ישראל. נשיא בית הדין החדש הוא נואף סלאם, שמאז הצטרפותו לבית המשפט ב־2018 היה מועמד פעמיים לראשות הממשלה בלבנון, אף על פי שעל פי סעיף 16(1) לחוקת ה־ICJ: "חל איסור על שופטי בית הדין לשמש בכל תפקיד פוליטי או מינהלי או לעסוק בכל משלח יד בעל אופי מקצועי". סלאם גם שימש כשגריר לבנון באו"ם, שם הצביע שוב ושוב נגד פעולות ישראל ביהודה ושומרון. גם תפקידו כשגריר מהווה הפרה, של סעיף 17 (2) לחוקת ה־ICJ: "חל איסור על שופטי בית הדין להשתתף בהכרעת מקרה בו היו מעורבים כסוכנים, יועצים, או פרקליטים של אחד הצדדים..."¹². לסאלם היסטוריה של הצהרות אנטי-ישראליות במדיה החברתית.¹² יש להדגיש שמדינות לבנון וישראל נמצאות במצב של מלחמה. על פי החוק הלבנוני, "נרמול" ישראלים, אפילו בקיומה של שיחה פשוטה, נחשב לעבירה פלילית.¹³ נשיאותו של סלאם מעלה שאלות נוקבות בעניין משוא הפנים של בית הדין כלפי ישראל.

ההטיה השיטתית האנטי-ישראלית של האו"ם לא חמקה מעיני ערכאות מקצועיות ברחבי העולם. לאחרונה, בהליכים משפטיים נגד יצוא נשק גרמני לישראל בפני בית המשפט המנהלי בפרנקפורט, בית המשפט דחה את ההסתמכות על הצהרות גינוי של האו"ם כלפי ישראל, בציינו כי אלה "אינן יכולות, בהקשר של הליכים מזורזים ללא המשך חקירה אינטנסיבית, לשמש בסיס לטענות בדבר הפרת הדין הבינלאומי, כיוון שהאו"ם וארגונו המשניים הפגינו בעבר גישה לא בלתי שנויה במחלוקת ביחסם אל הסכסוך במזרח התיכון." בית המשפט הצביע אז על ההטיה השיטתית, הסטנדרטים הכפולים והאנטישמיות הבוטה הטבועים באו"ם ובזרועותיו.¹⁴

3 | הדין המנהגי במדינות לא תומך בקריאות לסנקציות

חוות הדעת המייעצת קוראת לישראל להפסיק את הכיבוש "במהירות האפשרית" באותו מטבע לשון שהופיע בחוות הדעת בעניין איי צ'אגוס, שם ניתנה הוראה לבריטניה לסגת "במהירות" מהארכיפלג. התגובה של בריטניה בעקבות פרסום אותה חוות דעת, אם כן, חשובה. היא מוכיחה שמדינות אינן רואות בחוות דעת מייעצת מסמך מחייב, ונוטות לדחות התערבות משפטית בסוגיות של שלמות טריטוריאלית וביטחון לאומי. במשך חמש שנים ממועד מתן חוות

Dershowitz, Toby, and Orde Kittrie. "Biden Can Reset the UN's Discriminatory Approach to Israel." *The National Interest*, 18 Feb. 2022. נדלה ב־6.10.2024. <https://nationalinterest.org/feature/biden-can-reset-un-s-discriminatory-approach-israel-200629>

Kittrie, Orde, and Bruce Rashkow. "The Time Is Now to Reform the UN Human Rights Apparatus." *Foundation for Defense of Democracies*, 24 Aug. 2022. <https://www.fdd.org/analysis/2022/08/24/the-time-is-now-to-reform-the-un-human-rights-apparatus> נדלה לאחרונה ב־6.10.2024

See Kittrie, Orde F. "The ICJ's New Chief Judge Has a History of Bias Against Israel" *Wall Street Journal*, www.wsj.com/articles/icjs-new-chief-judge-has-a-history-of-bias-against-israel-lebanon-hague-96889d53 נדלה ב־21.7.2024

Koteich, Nadim, et al. "Anti-Normalization Laws: A Powerful Weapon in the Fight against Peace." *The Washington Institute*, www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/anti-normalization-laws-powerful-weapon-fight-against-peace נדלה ב־21.8.2024

VG Frankfurt 5th, 5 L 2333/24.F. <https://www.rv.hessenrecht.hessen.de/bshe/document/LARE240001082>. English translation by DeepL.

הדעת, ממשלות בריטיות שונות ערכו מגעים כאלה ואחרים מול מדינת מאוריציוס ביחס לעתידה של צ'אגוס. בשום שלב לא הטילו מדינות צד שלישי או החברה האזרחית סנקציות או אמברגו על בריטניה.

בעקבות פרסום חוות הדעת בעניין צ'אגוס, הממשלה הבריטית והפרלמנט אישרו מחדש את ריבונותה של בריטניה על איי צ'אגוס. ב-26 בפברואר 2019, סר אלן דאנקן, שר החוץ לאירופה ואמריקה, ענה כך לשאלה בפרלמנט: "בשימוע אתמול הוצגה חוות דעת מייעצת, לא פסק דין. נשקול כמובן את פרטי חוות הדעת בעיון, אולם מכיוון שמדובר בסכסוך בילטרלי, עצם בקשת חוות הדעת המייעצת מה־ICJ היא שימוש לרעה בסמכותה של האסיפה הכללית, היוצרת תקדים מסוכן עבור סכסוכים בילטרליים אחרים".

עמדתה הרשמית של בריטניה פורטה בהצהרה לבית הנבחרים ב־30 באפריל 2019, תוך אישור של ריבונותה על איי צ'אגוס:

"התאכזבנו מכך שסוגיה זו הובאה בפני בית הדין הבינלאומי לצדק בניגוד לעיקרון על פיו בית המשפט לא ידון בסכסוכים בילטרליים ללא הסכמת שתי המדינות המעורבות. אף על פי כן, הממלכה המאוחדת מכבדת את ה־ICJ, ושיתפה פעולה באופן מלא ובתום לב בכל שלבי ההליך. חוות דעת מייעצת מהווה ייעוץ עבור האסיפה הכללית, על פי בקשתה; היא איננה פסק דין מחייב. הממשלה שקלה בזירות את תוכנה של חוות הדעת, אולם אינה שותפה לגישתו של בית הדין. כפי ששורטט בהצהרה בכתב הקודמת של השר, אין לנו ספק בריבונותנו על ארכיפלג צ'אגוס, שחסה תחת ריבונות בריטית רציפה מאז שנת 1814. מדינת מאוריציוס מעולם לא החזיקה בריבונות על הארכיפלג ואיננו מכירים בתביעתה. עם זאת, מאז שנת 1965 התחייבנו להעביר את הריבונות על השטח בעת שהוא יחדל להיות דרוש למטרות הגנה. אנו עומדים מאחורי התחייבות זו".¹⁵

באוקטובר 2024, הממשלה בראשות מפלגת הלייבור הודיעה שתעביר את הריבונות על האיים למאוריציוס. אולם, הן הממשלה בראשות השמרנים והן ממשלת הלייבור לא ראו עצמם מחויבים לסגת מהאיים בגלל חוות הדעת המייעצת. למרות לחץ דיפלומטי כגון החלטת האסיפה הכללית של האו"ם לגנות את הכיבוש הבריטי ולאמץ את חוות הדעת, בריטניה לא ספגה סנקציות או חרמות בגלל דחייתה את חוות הדעת של בית הדין, ומדינות צד שלישי לא ראו עצמם מחויבות להטיל סנקציות על הממלכה המאוחדת.

4 | הפעילות הכלכלית בשטחים כבושים או שטחים שבמחלוקת היא חוקית

יש הטוענים שחובת אי-ההכרה דורשת ממדינות צד שלישי לאסור על פעילות כלכלית או מסחרית ביהודה ושומרון.¹⁶ אולם, מנהג המדינות בכל העולם לקיים פעילות כלכלית בשטחים כבושים או בשטחים שבמחלוקת חותר תחת כל טענה לחוסר חוקיות. המסחר ממשיך ללא כל הפרעה בשטח הכבוש בידי מרוקו בסהרה המערבית ובשטח של צפון קפריסין בו מחזיקה טורקיה. ערכאות בינלאומיות ובתי משפט במדינות לא ראו בפעולות הכלכליות האלה הפרה של הדין הבינלאומי ולא קראו לסנקציות נגד הכוחות הכובשים.

Zhu, Yuan Yi, Tom Grant, and Richard Ekins. *Sovereignty and Security in the Indian Ocean: Why the UK Should Not Cede the Chagos Islands to Mauritius*. Foreword by Admiral the Lord West of Spithead, GCB, DSC, PC, Policy Exchange, 2023. P.34

Al Tamimi, Yussef. "Implications of the ICJ Advisory Opinion for the EU-Israel Association Agreement." *EJIL: Talk!*, 30 July 2024, 16. נדלה ב־6.10.2024. <https://www.ejiltalk.org/implications-of-the-icj-advisory-opinion-for-the-eu-israel-association-agreement>

באוקטובר 2024, בית הדין האירופי לצדק פרסם את החלטתו הסופית בעניין החלת הסכם הסחר האירופי-מרוקאי לשנת 2019 על דיג ועל תוצרת חקלאית בסהרה המערבית. מרוקו כובשת את השטח מאז שנות השבעים של המאה העשרים.¹⁷ בית הדין פסק שהסכם הסחר לא תקף לגבי סהרה המערבית מכיוון שהאזרחים שם לא נתנו לו את הסכמתם. בית הדין אישר שהסכמה יכולה להיות משתמעת ולא רק מפורשת. החלטה זו מצביעה על כך שאין איסור גופו על פעילות מסחרית בשטח כבוש, אלא, על הסכמי סחר להגן על האינטרסים של הנכבשים.¹⁸ כל שכן שאין כל בסיס לטעון שהקהילה הבינלאומית מחויבת להטיל סנקציות על מרוקו על מנת להפעיל עליה לחץ לסיים את הכיבוש בסהרה המערבית.

רבים מהחברות הבינלאומיות הגדולות ביותר פועלות בסהרה המערבית. בשנת 2023, חברת האנרגיה הצרפתית ENGIE הקימה תשתיות לטורבינות רוח במתקן ההתפלה דאחלה בסהרה המערבית.¹⁹ חברות אחרות בתחום החשמל כוללות את סימנס גאמסה, Enel, וג'נרל אלקטריק. חברת Sogestran הצרפתית עוסקת בהובלת נפט לסהרה המערבית; החברות הגרמניות HeidelbergCement ו-ThyssenKrupp וחברת Holcim השוויצרית הקימו מפעלי מלט בשטח, אותם הן ממשיכות להפעיל היום.²⁰ פעילות זו עולה בקנה אחד עם ההנחיות המשפטיות של המדינות. ממשלות לייבור והשמרנים בבריטניה אישרו את החוקיות של פעילות עסקית בסהרה המערבית בשנים 2024 ו-2023, בהתאמה.²¹ בהמלצותיה לאנשי עסקים במרוקו, הממשלה ההולנדית מצהירה: "פעילות כלכלית בסהרה המערבית אינה מנוגדת לדין הבינלאומי, בהגדרה".²²

ביוני של שנת 1974, טורקיה פלשה לשליש הצפוני של קפריסין, תוך גירוש 230,000 קפריסאים יוונים. בשנת 1983, טורקיה הכריזה על עצמאותה של "הרפובליקה הטורקית של צפון קפריסין" בשטח הכבוש. אף מדינה מלבד טורקיה לא מכירה ברפובליקה זו. מועצת הביטחון של האו"ם קראה שוב ושוב לאי-הכרה בה ולסיום הכיבוש.²³ אף על פי כן, הדבר לא מנע מהנציבות האירופית להשקיע באופן ישיר בתכניות לחיזוק הפיתוח הכלכלי של קהילת המתיישבים הטורקית.²⁴ חברות גדולות דוגמת פורד, דנסקה בנק ורי/מקס פועלות בצפון קפריסין, לעתים קרובות בעזרת קשרים ישירים עם הכוחות הכובשים.²⁵ מספר מדינות פרסמו מדריכים לעסקים בצפון קפריסין, בהם הן מזהירות שייתכן שחלק מהעסקאות עלולות להיות לא חוקיות תחת החוק העירוני של הרפובליקה הטורקית של צפון קפריסין, בלי לייחס כל אי חוקיות תחת הדין הבינלאומי.²⁶

- GA Res. 34/37, UN Doc A/RES/34/37, (Nov. 21, 1979) Saul, Ben. "The status of Western Sahara as occupied territory under international humanitarian law and the exploitation of natural resources." Western Sahara. Routledge, 2018. 59-80. 17
- Judgments of the Court in Joined Cases C-778/21 P and C-798/21 P | Commission and Council v Front Polisario and in Joined Cases C-779/21 P and C-799/21 P | Commission and Council v Front Polisario 18
- <https://wsrw.org/en/news/engie-consistent-in-ignoring-international-law> 19
- <https://wsrw.org/en/news/infrastructure> 20
- Guidance Overseas business risk: Morocco, Updated 6 September 2023, <https://www.gov.uk/government/publications/overseas-business-risk-morocco/overseas-business-risk-morocco#western-sahara>; Written question for Foreign, Commonwealth and Development Office, Morocco, Overseas Trade. Asked 26 July 2024 by MP Ben Lake. Answered on 5 August 2024 by Hamish Falconer. UIN 1977. <https://members.parliament.uk/member/4630/writtenquestions?page=2#expand-1723812> 21
- "Westelijke Sahara." *The Netherlands Enterprise Agency*, www.rvo.nl/westelijke-sahara. Accessed 7 Oct. 2023. 22
- S.C. Res. 541, U.N. Doc S/RES/541 (Nov. 18, 1983); S.C. Res. 550, 3, U.N. Doc. S/RES/550 (May 11, 1984) 23
- COMMISSION IMPLEMENTING DECISION of 12.9.2023 on adopting an Action Programme for the Turkish Cypriot community for the year 2023 24
- , See Who Else Profits? The Scope of European and Multinational Business in the Occupied Territories. Who Profits <https://www.whoelseprofits.org> 25
- 6.10.2024 Irish Department of Foreign Affairs, Travel Advice: Cyprus. <https://www.ireland.ie/en/dfa/overseas-travel/advice/cyprus/> 26
- 8.10.2024 Australia Smart Traveller, Cyprus: Local Laws, <https://www.smarttraveller.gov.au/destinations/europe/cyprus>
- 8.10.2024 Government of Canada, Cyprus travel advice, <https://travel.gc.ca/destinations/cyprus>

לבסוף, מספר בתי משפט במדינות מצאו שהמסחר ביהודה ושומרון שבשליטת ישראל הוא חוקי. בשנת 2014, בית המשפט העליון של הממלכה המאוחדת דחה פה אחד קביעות לפיהן מכירת מוצרי ים המלח של חברת אהבה אינה חוקית בגין קשריה עם חברות ישראליות ביהודה ושומרון.²⁷ בשנת 2013, בית המשפט לערעורים בורסאי דחה תביעה שהגישו אש"ף וארגון צרפתי פרו-פלסטיני נגד החברות הצרפתיות Veolia ו-Alstom שעסקו בסלילת הרכבת הקלה בירושלים בתוואי שעובר בשטחים שבמחלוקת, מעבר לקווי שביתת הנשק של 1949. בית המשפט הצרפתי פסק שבמקום לאסור על פעילות מסחרית, "מותר לכוח הכובש, והיא אף מחויבת, לכונן מחדש פעילות ציבורית רגילה בשטח הכבוש ולבצע בו את כל הצעדים המנהליים ביחס לפעילות שרשויות המדינה היו מבצעות..." על פי בית המשפט, מנהגים של משפט בינלאומי ציבורי לא חלים על חברות פרטיות.²⁸

5 | אין חיוב להטיל אמברגו נשק, ואמברגו כזה מהווה הפרה של זכותה של ישראל להגנה עצמית

הכלי העיקרי הבינלאומי להסדרת הסחר בנשק הוא האמנה לפיקוח על סחר בנשק (Arms Trade Treaty-ATT), אותו אימצו 115 מדינות. אחד העקרונות הבסיסיים של האמנה הוא "הזכות האינהרנטית של כל המדינות להגנה עצמית אישית או קולקטיבית, כפי שהיא מוכרת בסעיף 51 לאמנת האו"ם".²⁹ הטלת אמברגו נשק על ישראל היא למעשה פגיעה בזכותה להגנה עצמית. ישראל נמצאת כרגע בעיצומה של מלחמה רב זירתית נגד אירן וגרורותיה בעזה, יהודה ושומרון, לבנון, תימן ועיראק. על פי דיווח שפורסם לאחרונה בעיתון הניו יורק טיימס, איראן מפעילה נתיב הברחות חשאי עצום ממדים כדי להעביר נשק לקבוצות פלסטיניות ביהודה ושומרון. "המטרה כפי שתוארה על ידי שלושה בכירים איראניים, היא לגרום לתסיסה נגד ישראל על ידי הזרמת כמה שיותר כלי נשק למובלעת".³⁰ הזוועות שביצעו אנשי חמאס בשביעי באוקטובר 2023 מדגימות את האיום החמור והמידי שמהוות ארגוני טרור פלסטינים עבור אזרחי ישראל.

ב-19 בפברואר 2024, בית המשפט העליון של הממלכה המאוחדת סירב לאשר החלת ביקורת שיפוטית על החלטת מזכיר המדינה לענייני סחר לאשר ייצוא צבאי לישראל. החלטת המזכיר התייחסה במפורש לחובותיה של בריטניה תחת אמנת ה-ATT.³¹ המסגרת המנחה של הרגולציה הבריטית בהחלטה זו היא מבחני ה-Strategic Export Licensing Criteria (SELC) (קריטריונים לרישוי ייצוא אסטרטגי) שהחליפו את השיטה האירופית, ה-Consolidated EU and National Arms Export Licensing Criteria (קריטריונים לרישוי ייצוא נשק במדינות ובאיחוד האירופי), אולם הם נשארו בעיקרם זהים.³² מכיוון שהמבחנים של בריטניה משקפים באופן כללי את המבחנים של האיחוד האירופי, לפסיקה של בריטניה בעניין ייצוא נשק יש משמעות רחבה הרבה יותר מאשר לבריטניה לבדה.

מבחן 2(ב) מורה לממשלה "לא להעניק רישיון אם היא הכריעה שיש סיכון ברור לכך שהמוצרים ישמשו לביצוע או לסייע של הפרה חמורה של הדין הבינלאומי". בית המשפט לערעורים מנה את העקרונות הרלוונטיים של הדין

Richardson v. Director of Public Prosecutions, [2014] UKSC 8 27

Cour d'Appel [CA] [regional court of appeal] Versailles, Mar. 22, 2013, No. 11/05331 (Fr.) 28

29

Fassihi, Farnaz, Ronen Bergman, and Eric Schmitt. "Iran Smuggling Weapons into West Bank as Israel's Crises Deepen." The New York Times, 9 Apr. 2024, www.nytimes.com/2024/04/09/world/middleeast/iran-west-bank-weapons-smuggling.html 30

R (Al-Haq) v. Secretary of State for Business and Trade, AC-2023-LON-003634 31

Trade Policy Update, Statement made on 8 December 2021. <https://questions-statements.parliament.uk/written-statements/detail/2021-12-08/HCWS449> 32

ההומניטרי הבינלאומי בפסק הדין: עיקרון ההבחנה; עיקרון המידתיות; החובה לנקוט בכל אמצעי הזהירות הסבירים בעת תקיפה; החובה להזהיר מראש באופן יעיל לפני תקיפה שעלולה לפגוע באוכלוסייה אזרחית; החובה להגן על מה שחינוי לאוכלוסייה האזרחית; האיסור על תקיפות ללא הבחנה; האיסור על תקיפות לא מידתיות; האיסור על תקיפה ישירה של מתקנים ו/או מטרות אזרחיים; החובה לחקור ולהעמיד לדין; והחובה לפצות.³³ עקרונות הדין ההומניטרי הבינלאומי מתייחסים לצורה שבה מתנהלת לחימה – לא למעמדה של מדינה ככוח כובש או לא. בקצרה, כיבוש ומידת החוקיות שלו לא רלבנטיים לעניין ייצוא נשק. (יש לציין כי בנייר עמדה שהתפרסם לאחרונה, הממשלה הבריטית הגיעה למסקנה שאין בידה לאשש את הטענות שהמלחמה שישראל מנהלת בעזה מפרה את הדין הבינלאומי. המסמך כלל אזכור של הפרות הזכות לסיוע ההומניטרי ופגיעה בעצורים, נושאים שאינם רלוונטיים על פי הקריטריונים של בית המשפט עצמו).³⁴

בפנייתה ל-ICJ כנגד ייצוא נשק גרמני לישראל, מדינת ניקרגואה טענה שגרמניה "הפרה את התחייבויותיה תחת הדין הבינלאומי הנובעות הן מאמנת ז'נבה משנת 1949 והפרוטוקולים הנוספים שלה משנת 1977 והן מהעקרונות הבלתי מעורערים של הדין ההומניטרי הבינלאומי, כשלא דאגה להבטיח את קיומן של הנורמות הבסיסיות האלה תחת כל הנסיבות".³⁵ לשיטת ניקרגואה, סעיף 1 לאמנת ז'נבה דורש מכל הצדדים לעודד ולאכופ את הציות של שאר הצדדים לאמנה ("בעלי האמנה מתחייבים לכבד את האמנה ולדאוג לכיבודה בכל הנסיבות"). פרשנות כזו יכולה להסתמך במידת מה על הפרשנות המעודכנת של הוועד הבינלאומי של הצלב האדום (ה-ICRC) לאמנת ז'נבה הראשונה משנת 1949.³⁶

אולם, כפי שמיטיבים להראות המשפטנים מייקל שמיט ושון וואטס, סעיף 1 לאמנה נועד להטיל חובה על מדינות תחת דין האחריות ביחס לפעולות אותן אפשר לייחס ישירות אליהן או לפרטים או ישויות שתחת שליטתן. אין כל ראייה במנהגי המדינות או בחוות דעת משפטיות שמצביעה על כך שמדינות מבינות את סעיף 1 כמה שמטיל חובה חיצונית. מדינות מובילות דחו את הפרשנות הזו בוועידה הדיפלומטית בה ניסחו ואימצו את האמנות. בקצרה, סעיף 1 לאמנה אינו דורש ממדינות להכריח את ישראל או להפעיל כלפיה אמצעי ענישה על מנת שתציית לדרישות לכאורה של האמנה.³⁷

Regina (Campaign against Arms Trade) v. Secretary of State for International Trade, [2023] EWHC 1343, p. 25 33

Policy paper, Summary of the IHL process, decision and the factors taken into account. Foreign, Commonwealth and Development Office. 2 September 2024. <https://www.gov.uk/government/publications/summary-of-the-international-humanitarian-law-ihl-process-decision-and-the-factors-taken-into-account/summary-of-the-ihl-process-decision-and-the-factors-taken-into-account> 34

ICJ Nicaragua v. Germany, (*Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory*). Par. 3 35

ICRC, Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949. Commentary of 2016, Article 1 - Respect for the Convention. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gci-1949/article-1/commentary/2016?activeTab=undefined> 36

Schmitt, Michael N., and Sean Watts. "Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions." *Lieber Institute West Point*, 12 Apr. 2024, [lieber.westpoint.edu/common-article-1-1949-geneva-conventions/](https://www.lieber.westpoint.edu/common-article-1-1949-geneva-conventions/); Robson, Verity. "The Common Approach to Article 1: The Scope of Each State's Obligation to Ensure Respect for the Geneva Conventions." *Journal of Conflict and Security Law* 25.1 (2020): 101-115. 37

סיכום: ◀

חוות הדעת המייעצת של ה־ICJ פגומה במהותה ולא ניתן להחשיבה מסמך בר-סמכא לעניין נוכחותה של ישראל ביהודה ושומרון. ההטיה האנטי-ישראלית ניכרת כבר בראשית דרכה של חוות הדעת: היא התגבשה בעקבות ועדת חקירה שחבריה קבעו מראש את אשמת ישראל; עמד בראשה נשיא המוכר בהשקפותיו האנטי-ישראליות, בניגוד לחוקת ה־ICJ; והיא מתעלמת מהזכויות המשפטיות וההיסטוריות של ישראל על השטח, כמו גם מחששותיה הביטחוניים. בסגירת מעגל מושלמת, חוות הדעת המייעצת מנוצלת למטרה לשמה היא נוצרה מלכתחילה – לחידוש הלחץ להטיל סנקציות ועונשים על ישראל. אולם, כפי שהדגמנו, אין כל בסיס לטענה שהדין הבינלאומי אכן דורש הטלת סנקציות על ישראל. חוות הדעת המייעצת, במקום להרשיע את ישראל, רק מדגימה את הניצול לרעה של הדין הבינלאומי ושל ארגונים בינלאומיים בשירות אג'נדה אנטי-ישראלית.